

LA ILICITUD INTERNACIONAL DE LOS ACUERDOS ANTÍDOTO CELEBRADOS POR ESTADOS UNIDOS PARA EVITAR LA JURISDICCIÓN DE LA CPI

M. Amparo ALCOCEBA GALLEGO

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.— II. ESTADO SIGNATARIO Y ESTADO PARTE DE UN TRATADO INTERNACIONAL.— III. LAS RESOLUCIONES 1422 (2002) Y 1487 (2003) DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS.— IV. LA *AMERICAN SERVICEMEMBER'S PROTECTION ACT (ASPA)*.— V. LOS ACUERDOS BILATERALES DE *IMPUNIDAD*: A) El art. 98.2 del Estatuto de la CPI como base jurídica de los acuerdos bilaterales de *impunidad*. B) Los acuerdos bilaterales de *impunidad* a la luz de la relación de los Estados signatarios y los Estados Parte con el Estatuto de Roma. C) Los acuerdos bilaterales de *impunidad* y la Unión Europea: 1. *La celebración de los acuerdos bilaterales con Estados miembros de la Unión Europea*. 2. *La celebración de los acuerdos bilaterales con los Estados candidatos y los Estados asociados a la Unión Europea*. 3. *Los acuerdos de extradición Unión Europea-Estados Unidos*.— VI. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) el 1 de julio de 2002 ha supuesto, conforme a su art. 1, que este Tribunal pueda ejercer, con carácter complementario respecto de las jurisdicciones penales nacionales “su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional”. Según el art. 86, “Los Estados Parte, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia”¹.

1. En particular, sobre la obligación de cooperación establecida en el Estatuto de la CPI pueden verse, entre otros, ARCOS, VARGAS, M. C.: “La imprescindible cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional”, en CARRILLO SALCEDO,

Con este objeto, el art. 89.1 establece, de un lado, que “La Corte podrá transmitir (...) una solicitud de detención y entrega de una persona a todo Estado en cuyo territorio pueda hallarse y solicitará la cooperación de este Estado”, y, de otro lado, que “Los Estados partes cumplirán las solicitudes de detención y entrega” que realice la Corte².

Lo que inicialmente constituía todo un hito en el Derecho Internacional Público se ha visto empañado por una actitud particularmente agresiva de Estados Unidos contra la Corte³ cuyo objeto es, como veremos, evitar que sus nacionales, militares y personal al servicio de su Gobierno, se sometan a la jurisdicción de este Tribunal. La razón está en que, en su opinión, la CPI adolece de defectos fundamentales que no aseguran su imparcialidad y que incrementan la posibilidad de enjuiciamientos por motivos políticos⁴.

J.A (Coord.): *La criminalización de la barbarie; La Corte Penal Internacional*. Madrid: CGPJ, 2000, pp. 435-454; CIAMPI, A.: “The obligation to cooperate”, en CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, J.R.W.D. (Eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, vol. 2., New York: Oxford Clarendon Press, 2002, pp. 1607-1638; DANILENKO, G. M.: “IGC and third States”. *Ibid.*, pp. 1871-1897; HAFNER, G.: “The Status of third States before the International Criminal Court”, en POLITI, M.; NESI, G.: *The Rome Statute of the International Criminal Court*. Ashgate: 1998, pp. 221-223; NESI, G.: “The obligation to cooperate with the International Criminal Court and states not Party to the Statute”, en *Ibid.* pp. 239-253.

2. Sobre este artículo puede verse, en particular, SWART, B.: “Arrest and surrender”, en CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, J.R.W.D. (Eds.): *The Rome Statute...*, *op. cit.*, pp. 1639-1702, especialmente pp. 1676 y ss.

3. Sobre las objeciones de Estados Unidos a la CPI y su contexto pueden verse: LEIGH, M.: “The United States and the Statute of Rome”, *AJIL*, vol. 95, 2001, pp. 124-131; MALANCZUK, P.: “The International Criminal Court and Landmines. What are the consequences of leaving the US behind?”, *EJIL*, vol. 11, n. 1, 2000, pp. 77-90; SARAH B. SEWALL y KAYSEN, C. (Eds.): *The United States and the International Criminal Court. National Security and International Law*, Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 2000.

4. “(...) the United States rejects the jurisdictional claims of the ICC. (...) The U.S. has a number of serious objections to the ICC -among them, the lack of adequate checks and balances on powers of the ICC prosecutors and judges; the dilution of the U.N. Security Council’s authority over international criminal prosecutions; and the lack of an effective mechanism to prevent politicized prosecutions of American servicemembers and officials. (...) There is the risk that the ICC could attempt to assert jurisdiction over U.S. servicemembers, as well as civilians, involved in counter-terrorist and other military operations- something we cannot allow” (Declaración del Secretario de Estado de Defensa de Estados Unidos, Donald Rumsfeld, sobre el Estatuto de la CPI, el 6 de mayo de 2002. *Vid.* texto en <http://www.defenselink.mil>). “La Corte Penal Internacional socava la soberanía nacional ya que reclama tener jurisdicción sobre los ciudadanos de los estados que no son signatarios del acuerdo. Tiene el potencial de socavar el papel del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en cuanto al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. (...) no está sujeta a frenos y equilibrios adecuados. Creemos que una corte independiente con un poder sin obstáculos está predispuesta al abuso y la explotación. Su estructura en sí se presta a correr el gran peligro de llevar a cabo enjuiciamientos y adoptar

LA ILICITUD INTERNACIONAL DE LOS ACUERDOS ANTÍDOTO

Lejos de quedarse en simples manifestaciones públicas, las objeciones de Estados Unidos han fructificado desde el punto de vista jurídico: de un lado, en instrumentos jurídicos internacionales tales como los acuerdos bilaterales con terceros Estados al amparo del art. 98.2 del Estatuto de la Corte y como las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1422 (2002) y 1487 (2003); de otro lado, en instrumentos jurídicos nacionales como la *American Servicemembers' Protection Act*, firmada por George W. Bush el 2 de agosto de 2002. Todos estos instrumentos jurídicos plantean, como vamos a ver a continuación, dudas más que razonables sobre su conformidad con el Derecho internacional público. Especialmente interesantes resultan a este respecto los *acuerdos antidoto* celebrados por Estados Unidos con terceros Estados. Estos acuerdos pretenden evitar, en aplicación del art. 98 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la jurisdicción de este Tribunal para los nacionales norteamericanos, militares, o cualesquiera individuos que trabajen para su Gobierno siempre que no medie el consentimiento expreso de Estados Unidos. Tales acuerdos plantean dudas jurídicas en cuanto a su contenido mismo y la utilización del art. 98 mencionado, en cuanto al comportamiento de los Estados firmantes del Estatuto, y también de los ya Estados parte. Además, estos acuerdos bilaterales presentan un interés jurídico añadido en el caso de que se celebren con Estados miembros de la Unión Europea, Estados candidatos o Estados asociados a ella.

2. ESTADO SIGNATARIO Y ESTADO PARTE DE UN TRATADO INTERNACIONAL

De acuerdo con el art. 18.1 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, un Estado que haya firmado un Tratado internacional debe abstenerse de realizar actos capaces de frustrar su objeto y fin, con independencia de que no sea todavía *Parte* en el Tratado internacional (esto es, con independencia de que aún no haya prestado su consentimiento y sin que, conviene recordarlo, esté obligado a hacerlo), *siempre y cuando no haya*

decisiones con motivación política (...). (...) Debemos asegurarnos que nuestros soldados y funcionarios públicos no están expuestos a la posibilidad de ser sometidos a enjuiciamientos e investigaciones con motivación política" (*Vid.* Declaración de la Delegación de Estados Unidos aneja a la Resolución de la Asamblea General de la OEA sobre la promoción de la Corte Penal Internacional el pasado 10 de junio de 2003 (Res. AG 1929 XXXIII-O/03)).

*manifestado su intención de no llegar a ser parte en el Tratado*⁵. Una disposición de este tipo se debe a que entre la firma y la ratificación de un Tratado puede pasar demasiado tiempo y los Estados pueden cambiar de opinión en relación con éste⁶.

Estados Unidos ha realizado la notificación que le permite todavía hoy quedar eximido de la obligación para los Estados firmantes del Estatuto de Roma de no frustrar el objeto y fin de este Tratado⁷. Estados Unidos firmó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 31 de diciembre de 2000. Casi un año y medio después, el 6 de mayo de 2002, notificó al Depositario del Tratado sobre la Corte Penal Internacional, la Secretaría General de Naciones Unidas, que no tenía intención de convertirse en Estado Parte del Tratado y que, de acuerdo con ello, no tenía ningún tipo de obligación derivada de la firma del 31 de diciembre de 2000⁸. Mediante esa notificación se pretendía ejercer una reversión sobre la previa decisión del gobierno norteamericano de ser firmante del Estatuto de Roma⁹. El Embajador de Estados Unidos Pierre-Richard Prosper justificaba, el mismo día 6 de mayo, la decisión adoptada por el Gobierno norteamericano en cuanto que este Estado

5. Sobre las críticas que puede merecer este artículo, *vid.* CAHIER, Ph.: "L'obligation de ne pas priver un Traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur", en *Mélanges Fernand Dehousse*, Paris, Fernan Bathan, 1979, p. 36. Sobre este artículo puede verse también McDADE, P.V., "The interim obligation between signature and ratification of a Treaty", *NILR*, 1985, vol. XXXII, n° 1, pp. 5-47.

6. McDADE, P.V., "The interim obligation between signature and ratification of a Treaty", *Netherlands International Law Review*, 1985, vol. XXXII, n° 1, p. 23.

7. Si bien el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados no ha sido ratificado por Estados Unidos, su contenido es, como ha dicho el TIJ en diversas ocasiones, *prueba de Derecho consuetudinario general* (*Vid.*, por ejemplo, Stc. TIJ de 3 de febrero de 1994, *Asunto de la controversia territorial, Libia vs. Chad*, pár. 41).

8. La comunicación de Estados Unidos tenía el siguiente contenido: "This is to inform you, in connection with the Rome Statute of the International Criminal Court adopted on July 17, 1998, that the United States does not intend to become a party to the treaty. Accordingly, *the United States has no legal obligations arising from its signature on December 31, 2000*. The United States requests that its intention not to become a party, as expressed in this letter, be reflected in the depositary's status lists relating to this treaty". Estados Unidos no ha sido, desafortunadamente, el único Estado firmante del Estatuto de la CPI que ha realizado este tipo de comunicación; también lo hecho Israel el 28 de agosto de 2002: ".....in connection with the Rome Statute of the International Criminal Court adopted on 17 July 1998, [...] Israel does not intend to become a party to the treaty. Accordingly, *Israel has no legal obligations arising from its signature on 31 December 2000*. Israel requests that its intention not to become a party, as expressed in this letter, be reflected in the depositary's status lists relating to this treaty" (*Vid.* <http://untreaty.un.org>). La cursiva es mía.

9. *Vid.* Declaración del Secretario de Estado de Defensa de Estados Unidos, Donald Rumsfeld, cit.

quería desvincularse de las obligaciones que se desprenden para cualquier Estado signatario de un Tratado internacional en relación con éste¹⁰.

Conviene señalar, en cualquier caso que, al margen de la posibilidad señalada, no existe jurídicamente la figura de la *retirada de firma* de un Tratado internacional. Una vez firmado el Tratado que instituye la CPI, cualquier Estado está jurídicamente obligado a abstenerse de frustrar el objeto y fin del Tratado, con independencia de que no lo haya ratificado todavía y no piense hacerlo en el futuro. El Derecho de los Tratados contempla *sólo* la *retirada* de un Tratado internacional y *únicamente* cuando el Estado que manifiesta su voluntad en este sentido es ya Estado Parte (art. 70 Congreso de Viena). Además, sus efectos dependen de que, efectivamente, el resto de Estados Parte preste su consentimiento a ello. En consecuencia, cualquier Estado signatario del Estatuto de la Corte Penal Internacional que no haya hecho la notificación referida en el art. 18.1 del Congreso de Viena, está obligado a no frustrar el objeto y fin de ese Tratado *sine die*. Aunque una manera muy clara de mostrar la intención de no ratificar un Tratado internacional es actuar directamente contra su objeto y finalidad, sin realizar ningún tipo de notificación al respecto, el Congreso de Viena no recoge esta posibilidad; por eso seguramente una actuación de este tipo se aproximaría peligrosamente a una actuación de mala fe por parte del Estado que la realizara¹¹.

Por otro lado, según el art. 18.2 del Congreso de Viena, los derechos y obligaciones de los Estados Parte en un Tratado Internacional, esto es, de aquellos Estados que, además de firmar, han prestado su consentimiento en obligarse por un Tratado internacional, son, mientras el Tratado no entre en vigor, los mismos que los de aquellos que sólo lo han firmado. Una vez que el Tratado entre en vigor, los Estados Parte están vinculados por todas y cada una de las disposiciones del Tratado internacional de que se trate, sin perjuicio de las reservas que hubieran podido establecerse al efecto. Por tanto, todos los Estados que han ratificado el Estatuto de la CPI (al que,

10. "Under the Treaty law, if you will, when one is a signatory, the person, they - the state commits to not taking actions that would be designed to defeat the object and the purpose of the treaty. We, in order to maintain our flexibility -not only to protect our interests but to purpose alternative judicial mechanism —decided to make clear that we will not to be part of this treaty and thus be able to take different approaches that may be different to the object and purpose the ICC treaty. And in short, what we have now is flexibility —not only to protect our interests in US service personnel but to look elsewhere, to take alternative approaches to attack this problem" (*Vid.* texto en www.wfa.org).

11. *Vid.* McDADE, P. V.: "The interim obligation between signature...., *op. cit.*, pp. 23-24.

según su art. 120 no caben reservas) están jurídicamente vinculados por sus disposiciones.

3. LAS RESOLUCIONES 1422 (2002) Y 1487 (2003) DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS

El art. 16 del Estatuto de la CPI establece que “En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que se suspenda por un plazo, que no podrá exceder de 12 meses, la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión”. Dejando a un lado la polémica sobre la existencia misma de una disposición de este tipo que subordina la actividad de un órgano judicial a la de un órgano político¹², me centraré sólo en la utilización que de este artículo ha hecho hasta ahora el Consejo de Seguridad.

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas se ha amparado en este artículo para adoptar dos Resoluciones, una el 12 de julio de 2002 y otra el 12 de junio de 2003 (Resoluciones 1422 y 1487 respectivamente), en virtud de las cuales la Corte Penal Internacional no iniciará ni continuará investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso relacionado con “acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañen la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes (...) durante un período máximo de doce meses a partir del 1 de julio de 2002 (...) salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario”¹³. Sin embargo, estas resoluciones plantean dudas sobre su legalidad. Tales dudas se pusieron claramente de manifiesto por algunos Estados miembros de Naciones Unidas en el debate previo a la adopción de la Resolución de 12 de julio de 2003, así como con posterioridad a la adopción de la ésta¹⁴.

12. *Vid.* al respecto, por ejemplo, ARANGIO-RUIZ, G.: “Fine prematura del ruolo preminente di studiosi italiani nel progetto di codificazione della responsabilità degli Stati: specie a proposito dei crimini internazionali e dei poteri del Consiglio di sicurezza”, 81, *RDI*, 1998, pp. 124-125; GARGIULO, P.: “The controversial relationship between the ICC and the Security Council”, in *The International Criminal Court: Comments on the Draft Statute*, 1998, p. 118.

13. S/Res/1422 (2002) y S/RES/1487 (2003).

14. *Vid.* Acta Reunión Consejo de Seguridad S/PV.4772 de 12 de junio de 2003.

El art. 16 del Estatuto de la Corte Penal Internacional no ofrece base jurídica suficiente como para adoptar resoluciones con el contenido expuesto. De la lectura del art. 16 del Estatuto así como de sus trabajos preparatorios se desprende que la solicitud dirigida por el Consejo de Seguridad a la Corte debe cumplir una serie de condiciones: a) debe tener como finalidad suspender la investigación o enjuiciamiento llevado a cabo por la Corte; b) debe tener, por tanto, carácter específico, no general, esto es, debe relacionarse con un caso concreto, una situación de hecho concreta; c) la solicitud de inmunidad debe ser de corta duración; d) la solicitud debe hacerse en el marco de las situaciones descritas en el Capítulo VII de la Carta que supongan la comisión de alguno de los delitos para los que resulta competente la Corte¹⁵. Las solicitudes que incorporan las Resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) del Consejo de Seguridad no cumplen ninguna de estas cuatro condiciones:

a) En primer lugar se trata de una solicitud que se *anticipa a cualquier tipo de investigación o enjuiciamiento* que pueda realizar la CPI en cuanto que el Consejo de Seguridad “Pide (...) que la CPI, si surge un caso (...) no inicie ni prosiga (...) investigaciones o enjuiciamiento (...)”. En realidad, las Resoluciones suponen la utilización del art. 16 de forma *preventiva*, ante hechos futuros, antes de que se cometan presuntos crímenes por parte del personal de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas allí donde esté cumpliendo una misión.

b) En segundo lugar, las Resoluciones especifican el grupo de personas para las que se solicita la inmunidad: funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte del Estatuto de Roma y aporte contingentes, que participe en una operación establecida o autorizada por Naciones Unidas. Otorgan inmunidad, *a priori*, a una categoría de personas. Sin embargo, no es este el tipo de especificación que exige el art. 16 del Estatuto, la de una categoría de personas, sino la de un caso concreto de comisión de alguno de los delitos perseguibles por la Corte. No parece, desde luego, conforme con la objetividad que se desprende del Estatuto, solicitar la inmunidad de una categoría concreta de personas, en cuanto que esto supone privilegiar a estas sobre cualesquiera otras. Por otro

15. Sobre las relaciones entre la CPI y el Consejo de Seguridad pueden verse, entre otros: CONDORELLI, L. y VILLALPANDO, S.: “Referral and Deferral by the Security Council”, en CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, J.R.W.D. (Eds.): *The Rome Statute...*, vol. I, p. 627-655; GOWLLAND-DEBBAS, V.: “The role of the Security Council in the new international criminal Court from a systemic perspective”, en BOISSON DE CHAZOURNES, L. y GOWLLAND-DEBBAS, V. (Ed.): *The International Legal system in quest of Equity and Universality. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Martinus Nijhoff Publishers: The Hague, 2001, pp. 629-650.

lado, privilegiar al personal que participa en misiones de Naciones Unidas podría cuestionar la autoridad moral tanto de Naciones Unidas en sus operaciones de mantenimiento de la paz, como de la CPI a la hora de investigar y enjuiciar hechos determinados¹⁶.

c) En tercer lugar, la *inmunidad* que se solicita es *sólo inicialmente* por un periodo limitado (periodo que coincide, además, con el periodo máximo permitido de doce meses). Ambas Resoluciones contemplan la intención de *renovar* la petición a la CPI el 1 de julio de cada año por periodos sucesivos también de 12 meses. Esta intención se aproxima peligrosamente a la *renovación automática* incompatible, en particular, con los términos del art. 16 del Estatuto y, en general, con el conjunto del Estatuto y su objetivo fundamental: acabar con la impunidad de los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional.

d) En cuarto lugar, el Consejo de Seguridad no ha determinado en ninguna de las dos resoluciones la existencia de una amenaza a la paz y la seguridad internacionales que permitiera invocar el Capítulo VII de la Carta y, consecuentemente, el art. 16 del Estatuto. No parece, en consecuencia, que el no enjuiciamiento o investigación de los delitos cometidos por los funcionarios, ex funcionarios y personal al servicio de alguno de los Gobiernos que participan en operaciones de paz de Naciones Unidas, pueda contribuir a un proceso de paz determinado. Al margen de esta apreciación, conviene señalar que el hecho de que la solicitud del Consejo de Seguridad sobre la suspensión de un proceso o investigación de la CPI haya de hacerse en el marco de las situaciones descritas en el Capítulo VII de la Carta, supone, en definitiva, que el Consejo de Seguridad puede utilizar la CPI como un medio más para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales¹⁷.

Está claro, en mi opinión, que el art. 16 del Estatuto no sirve como base jurídica de las dos Resoluciones del Consejo de Seguridad que solicitan una inmunidad general y renovable para una categoría de personas en relación con hechos *pro futuro* que entran en la categoría de los enjuiciables por la

16. *Vid.* Intervención del Sr. MaIvor, Embajador de Nueva Zelanda ante Naciones Unidas, en el debate que precedió la adopción de la Resolución 1487 (2003), el 12 de junio de 2003 (S/PV. 4772).

17. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el Capítulo VII no permite al Consejo de Seguridad, extender la jurisdicción de la CPI en contra de la letra del Estatuto (*Vid.* CONDORELLI, L.; VILLALPANDO, S.: "On the security council extend yhe icc's jurisdiction", en CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, J.R.W.D. (Eds.): *The Rome Statute...*, vol. I, pp. 575-582).

CPI¹⁸. Por tanto, las Resoluciones del Consejo de Seguridad no podrían limitar el alcance de la letra del Tratado de la CPI en vigor en el sentido de modificarlo¹⁹. Dotarlas de efecto jurídico implica que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas se erija en un órgano capaz de reinterpretar (e incluso me atrevería a decir limitar) el alcance de un Tratado internacional²⁰, algo que puede debilitar el sistema establecido por la CNU y hacer tambalear también los cimientos del Derecho internacional²¹.

Por otra parte, la actuación del Consejo de Seguridad merece otras consideraciones más allá del art. 16 del Estatuto. De un lado, resulta paradójico e incomprensible que el Consejo de Seguridad, cuya misión es mantener la paz y seguridad internacionales²² y que en más de una ocasión ha considerado que la impunidad constituye una amenaza a la paz y seguridad

18. El propio Secretario General de Naciones Unidas mostró sus dudas al respecto en la intervención previa a la adopción de la Resolución 1487 (2003) del Consejo de Seguridad: "Al adoptar esta decisión el Consejo estará invocando una vez más el artículo 16 del Estatuto de Roma. Entiendo que el propósito de ese artículo no era abarcar una solicitud de tal envergadura sino una más precisa relativa a una situación concreta (...)(...) deseo que conste en actas que, además de albergar reservas sobre su conformidad con el art. 16 del Estatuto de Roma, considero que la petición no es necesaria (...)(...) permítaseme manifestar la esperanza de que esto no se convierta en una rutina anual. De ser así, me temo que la interpretación que le daría el mundo a ello es que el Consejo desea reclamar inmunidad absoluta y permanente para las personas que presten servicios en las operaciones que establece o autoriza. De ocurrir esto se socavaría no sólo la autoridad de la CPI y la autoridad del Consejo, sino también la legitimidad de las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas" (S/PV 4772.).

19. Sí que puede, como reconoce la letra del estatuto en su art. 16, limitar su alcance desde un punto de vista temporal, es decir, excluir temporalmente su aplicación, siempre en las condiciones establecidas en dicho artículo.

20. *Vid.* en este sentido las palabras del Sr. Stehelin, Embajador de Suiza ante Naciones Unidas, en la intervención previa a la adopción por el Consejo de Seguridad de la Resolución 1487 (2003), *Ibid.*

21. Entre la doctrina hay quien considera, sin embargo, que las limitaciones que establece el Tratado de Roma sobre el Consejo de Seguridad al hilo de una petición de éste a la CPI sobre la base del Capítulo VII de la Carta, no pueden prevalecer sobre las disposiciones de la Carta en virtud de su art. 103 (*Vid.* SUR, S.: "Vers une Cour Penale Internationale: la Convention de Roma entre les ONG et le Conseil de Sécurité", *RGDI*, 1999, pp. 44-45). Sobre el control de la legalidad de los actos del Consejo de Seguridad pueden verse: BEDJAOUI, M.: "The new world order and the Security Council. Testing the legality of its acts", Dordrecht/Boston/Londos: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, 531 pp.; BOTHE, M.: "Les limites des pouvoirs du Conseil de Sécurité". *Le développement du rôle du Conseil de Sécurité. Peace-Keeping and Peace-Building*, Colloque La Haye, 21-23 juillet, 1992, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1993, pp.67-87; DUPUY, R.J.: "Conclusions", *Ibid.*, pp. 477-485; FERNÁNDEZ LIESA, C.: "El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional", *REDI*, 1996, vol. XLVIII, n° 2, pp. 11-44;

22. Art. 24 CNU.

internacionales²³ y que la *rendición de cuentas* contribuye a la estabilidad²⁴, adopte ahora dos resoluciones favorables a la impunidad. De otro lado, los valedores de estas dos Resoluciones las justifican en la necesidad de evitar investigaciones y enjuiciamientos arbitrarios por parte de la CPI; sin embargo, el Estatuto de la CPI prevé toda una serie de medidas de salvaguardia que garantizan que su actuación se aleje de la arbitrariedad y esté plenamente sometida a Derecho. Tales salvaguardias van desde la tipificación de los delitos (arts. 5 y ss.) hasta el principio de complementariedad de la CPI, que significa que ésta no investigará ni enjuiciará actos para los que resulta competente, siempre que vayan a ser, hayan sido, o estén siendo objeto de investigación o enjuiciamiento por el Estado que tenga jurisdicción sobre ellos (art. 17), pasando por mecanismos rigurosos de elección de los magistrados y fiscales (arts. 36 y 42), posibilidad para los Estados partes de destituir a los fiscales si abusan de su poder (art. 46), exigencia para el Fiscal de analizar la veracidad de las denuncias (art. 15.2), examen de las acusaciones por una Sala de Cuestiones Preliminares (art. 15.3 y 4),...etc. La Corte, pues, actúa sólo en circunstancias muy limitadas y observando todas las salvaguardias procesales que establece el Estatuto²⁵.

4. LA AMERICAN SERVICEMEMBER'S PROTECTION ACT (ASPA)

Una muestra más de la oposición norteamericana a la CPI es la "American Servicemember's Protection Act" (ASPA), en vigor desde el 2 de agosto de 2002²⁶. Esta ley norteamericana se divide en quince secciones en las que se establecen una serie de restricciones, prohibiciones y autoriza-

23. *Vid.*, por ejemplo, Res. CS 827 (1993), de 25 de mayo; Res. CS 955 (1994), de 8 de noviembre; Res. CS 1314 (2000), de 11 de agosto; Res. Cs 1379 (2001) de 20 de noviembre.

24. *Vid.*, por ejemplo, Res. CS 1260 (1999) de 20 de agosto de 1999. Quizás sería más adecuado utilizar la expresión *exigencia o depuración de responsabilidades*, pero he utilizado la expresión que ha utilizado el Consejo de Seguridad.

25. Con independencia de que estas reflexiones sean aplicables a las dos Resoluciones del Consejo de Seguridad referidas y cuyo texto es idéntico, ha de destacarse que el voto de todos los miembros del Consejo de Seguridad no ha sido el mismo en una y otra ocasión. La primera de las Resoluciones, la 1422 (2002) de 12 de julio fue aprobada por unanimidad; por el contrario, la Resolución 1487 (2003) de 12 de junio se aprobó por 12 votos a favor y 3 abstenciones. Alemania, Francia y la República Árabe de Siria fueron los tres Estados que se abstuvieron. *Vid.* sobre los motivos de su abstención el texto del debate en Acta Reunión Consejo de Seguridad ... cit.

26. El Texto de la ASPA puede leerse en <http://www.state.gov>.

ciones que, aunque centrándose en las relaciones entre Estados Unidos y la CPI, afectan de modo importante a terceros Estados, al funcionamiento de Naciones Unidas e incluso al *núcleo duro* del Derecho internacional.

Las prohibiciones que recoge la Ley son, esencialmente, las siguientes: a) en primer lugar, la Sección 2004 prohíbe a toda agencia o entidad norteamericana, tribunal federal, estatal o local cualquier tipo de cooperación con la CPI; b) en segundo lugar, la Sección 2006 especifica una prohibición de cooperación con la CPI: la transferencia directa o indirecta de información clasificada relativa a la seguridad nacional; c) en tercer lugar, en la Sección 2007 se prohíbe la asistencia militar a los Estados Parte en la CPI, a excepción de los Estados miembros de la OTAN y otros que se citan expresamente. Estas prohibiciones plantean algunas dudas sobre su compatibilidad con la legalidad internacional:

— De un lado, la letra (g) de la sección 2004 de la ASPA permite a Estados Unidos limitar la cooperación que éste debe a terceros Estados en virtud de Tratados o acuerdos internacionales, siempre y cuando esta cooperación se relacione con la CPI. De aplicarse, se plantearía entonces el conflicto Derecho internacional-Derecho interno que debe resolverse, tal y como confirma la jurisprudencia del TIJ, en favor de la norma convencional²⁷;

— De otro lado, se plantea la legalidad de la supresión de toda ayuda militar a aquellos Estados parte en el Estatuto de la CPI. La concesión de este tipo de ayuda suele tener su base en un acuerdo o Tratado internacional previo que, en este caso, no se cumpliría; de nuevo surge el conflicto entre Derecho internacional y Derecho interno.

Por otra parte en estos casos, conforme a la letra del art. 60.1 del Congreso de Viena, el Estado con el que Estados Unidos mantuviera el acuerdo internacional que incumple en virtud de la ASPA, podría dar por terminado o suspender tal acuerdo.

Además de las prohibiciones mencionadas, la Sección 2005 de la ASPA restringe la participación de Estados Unidos en algunas operaciones de mantenimiento de la paz excepto si el Consejo de Seguridad exime a las fuerzas armadas de Estados Unidos de ser juzgadas o investigadas por la CPI,

27. *Vid.*, por ejemplo, el Dictamen del TIJ de 26 de abril de 1988 en el Asunto de la Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la sección 21 del acuerdo del 26 de junio de 1947 relativo a la sede de la Organización de las Naciones Unidas. Por otro lado, el Cv. Viena sobre Derecho de los Tratados establece en su art. 27 que “Una parte no puede invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación para no ejecutar un Tratado” (sin perjuicio, claro, de la letra del art. 46).

si se adoptan acuerdos bilaterales de inmunidad en virtud del art. 98 del Estatuto de la CPI, o si los propios intereses de Estados Unidos justifican la participación.

La ASPA, en su Sección 2003, también recoge la posibilidad de que todas estas prohibiciones y restricciones puedan ser retiradas por el Presidente del Gobierno mediante un procedimiento que establece la propia ley.

Sin embargo, y con todo, lo más llamativo de esta Ley se encuentra en la Sección 2008, en la que se autoriza al Presidente de Estados Unidos a utilizar *todos los medios necesarios y apropiados* para liberar a determinadas personas y a los miembros de las Fuerzas Armadas de Estados Unidos que hayan sido detenidos o encarcelados por la CPI. Evidentemente, una disposición de este tipo atenta contra principios fundamentales de Derecho internacional público tales como el principio de no intervención, la integridad territorial del Estado y la prohibición del uso de la fuerza.

Parece claro que la ASPA plantea más que dudas razonables sobre su compatibilidad con el Derecho internacional público²⁸.

5. LOS ACUERDOS BILATERALES DE *IMPUNIDAD*

Tomando como base el art. 98 del Estatuto, Estados Unidos *ha promovido* la celebración de acuerdos con terceros Estados con el fin de proporcionar *inmunidad* a funcionarios y empleados del Gobierno norteamericano, personal militar o ciudadanos de Estados Unidos ante la CPI²⁹. Mediante estos *acuerdos antidoto*, se establece el compromiso de no entregar a la CPI a ninguna de estas personas, o a no entregarlas a cualquier entidad o tercer Estado que pueda entregarlas después a la CPI, excepto si media consentimiento expreso de Estados Unidos. En ocasiones estos acuerdos establecen un compromiso de reciprocidad entre Estados Unidos y el Estado con el que se celebra el acuerdo³⁰. Hasta el momento se han celebrado más de

28. Al respecto puede verse, TORRES PÉREZ, M.: “La “American Servicemembers’ Protection Act” de 2002”. *REDI*, vol. LIV, 2002, pp. 1004-1008.

29. En realidad no se ha puesto en marcha una campaña de *promoción*, sino de *presión*.

30. El modelo de Acuerdo puede consultarse en las páginas web de varias ONGS. El texto es el siguiente: “Reaffirming the importance of bringing to justice those who commit genocide, crime against humanity and war crimes. Recalling that the Rome

medio centenar de acuerdos de este tipo, aunque no todos ellos han sido ratificados³¹. Sin embargo, como ya se habrá adivinado, este tipo de acuerdos bilaterales plantea algunos interrogantes sobre su legalidad desde diferentes puntos de vista: a) en primer lugar es razonable dudar de que el art. 98.2 del Estatuto suponga base jurídica suficiente como para adoptar acuerdos de este tipo; b) en segundo lugar, también es posible plantear la ilicitud de estos acuerdos desde el punto de vista de los Estados signatarios del Estatuto de la CPI, y de los ya Estados Parte; c) en tercer lugar, estos acuerdos bilaterales plantean algunas cuestiones jurídicas desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea.

Statute of the International Criminal Court done at Rome on July 17, 1998 by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court is intended to complement and not supplant criminal jurisdiction. Considering that the Government of the United States of America has expressed its intention to investigate and to prosecute where appropriate acts within the jurisdiction of the International Criminal Court alleged to have been committed by its officials, employees, military personnel, or other nationals. Bearing in mind article 98 of the Rome Statute. Hereby agree as follows: 1. For purposes of this agreement, "persons" are current or former Government officials, employees /including contractors/, or military personnel or nationals of one Party. 2. Persons of one Party present in the territory of the other shall not, absent the expressed consent of the first Party, a) be surrendered or transferred by any means to the International Criminal Court for any purpose, or b) be surrendered or transferred by any means to any other entity or third country, or expelled to a third country, for the purpose of surrender to or transfer to the International Criminal Court, 3. When the United States extradites, surrenders, or otherwise transfers a person of the other Party to a third country, the United States will not agree to the surrender or transfer of that person to the International Criminal Court by the third country, absent the expressed consent of the Government of X. 4. When the Government of XS extradites, surrenders, or otherwise transfers a person of the United States of America to a third country, the Government of X will not agree to the surrender or transfer of that person to the International Criminal Court, absent the expressed consent of the Government of the United States. 5. This Agreement shall enter into force upon an exchange of notes confirming that each Party has completed the necessary domestic legal requirements to bring the Agreement. The provisions of this Agreement shall continue to apply with respect to any act occurring, or any allegation arising, before the effective date of termination" (<http://www.wfa.org>).

31. El Departamento de Estado norteamericano da cuenta, periódicamente, de los últimos acuerdos de este tipo celebrados hasta el momento (<http://www.state.gov>). Actualmente son ya más de 60. Los Estados con los que se han celebrado son: Afganistán, I. Barbados, Azerbayán, Barain, Bangladesh, Bhutan, Bolivia, Bostwana, Camboya, Rep. Congo, Djibouti, Rep. Dominicana, Timor Oriental, Egipto, El Salvador, Gabón, Ghana, Guinea, India, Israel, Côte d'Ivor, Kazastán, Kuwait, Liberia, Madagascar, Malawi, I. Maldivas, I. Mashall, I. Mauricio, Micronesia, Mongolia, Marruecos, Mozambique, Nauru, Nepal, Nigeria, Pakistán, Palau, Rumania, Ruanda, Senegal, I. Seychelles, Sri Lanka, Tahilandia, Togo, Tonga, Túnez, Tuvalu, Uganda, Uzbekistán, Zambia, Albania, Bosnia-Herzegovina, Gambia, Georgia, Honduras, R. Macedonia, Mauritania, Nicaragua, Panamá, Sierra Leona y Tajikistán. Sólo en los últimos once casos han sido también ratificados. Los acuerdos

A) El art. 98.2 del Estatuto de la CPI como base jurídica de los
Acuerdos bilaterales de *impunidad*

El art. 98.2 del Estatuto de la CPI reza lo siguiente: “La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega”. Dicho de otro modo, el art. 98.2 establece que la Corte no cursará una solicitud de entrega cuando, versando tal solicitud sobre la entrega de una persona que se encuentra en un determinado Estado, enviada allí por otro competente para enjuiciarla, el Estado al que se realice dicha solicitud no pueda obedecerla sin contrariar la letra de algún acuerdo internacional previamente suscrito con aquél, que exija su consentimiento previo. Por tanto, los acuerdos bilaterales a los que se refiere el art. 98 son acuerdos *preexistentes* entre Estados Parte de la CPI en los que, entre otras cuestiones, queda fijada la jurisdicción de cada Estado sobre cualesquiera individuos enviados al otro Estado Parte en el acuerdo bilateral.

Los acuerdos bilaterales celebrados con terceros Estados por Estados Unidos, se alejan con creces de este modelo. Ello por varias razones:

a) Según se desprende de los trabajos preparatorios, el art. 98.2 se concibió para garantizar que los Convenios previamente existentes sobre el Estatuto de Fuerzas (CEF) entre los Estados parte de la CPI y quizás también otros Convenios que implicaran el envío y recepción de personal oficial de tales Estados y convenios de extradición, no se vieran afectados por el Estatuto de la CPI³². Desde luego, nada que ver tales acuerdos *preexistentes*

celebrados con Colombia y Filipinas no necesitan ser ratificados (*Vid.* la lista en <http://www.wfa.org>).

32. Así lo han confirmado dos de los miembros de la Delegación de Alemania en la Conferencia de Roma: “...the idea behind the provision [art. 98.2] was to solve legal conflicts which might arise because of Status of Forces Agreements which are already in place. On the contrary, Article 98(2) was not designed to create an incentive for (future) States Parties to conclude Status of Forces Agreements which amount to an obstacle to the execution of requests for cooperation issued by the Court (...)”. Sin embargo, reconocen que “it is unfortunate that, due to a lack of time this point (...) is not spelled out with sufficient clarity” (KAUL, H-P; KRESS, C.: “Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises”. *Yearbook of International Humanitarian Law*. 1999, n. 2, p. 165).

con los celebrados por Estados Unidos, una vez firmado el Estatuto de la CPI con otros Estados. Formalmente los acuerdos bilaterales firmados por Estados Unidos son acuerdos preexistentes; sin embargo, no es esta la *preexistencia* a la que se refiere el art. 98.2. Los acuerdos bilaterales de Estados Unidos son, en cierto modo, acuerdos *ad hoc*.

b) Los acuerdos a los que se refiere el art. 98.2 no tienen como objetivo evitar la jurisdicción de la CPI, sino evitar que parte de los acuerdos previamente existentes entre algunos Estados miembros de la CPI pudieran quedar sin efecto por aplicación del Estatuto de Roma. Muy lejos queda la posibilidad que ofrecen los acuerdos bilaterales firmados por Estados Unidos, que permiten otorgar una inmunidad absoluta a sus nacionales (y recíprocamente a los del otro Estado Parte), en contra, además, del objetivo fundamental del Tratado de Roma.

c) Los acuerdos bilaterales firmados por Estados Unidos con terceros Estados no se refieren en absoluto a los individuos *enviados* por Estados Unidos al tercer Estado (y, en su caso, al revés), esto es, militares en misiones de paz y observadores, por ejemplo. Tales acuerdos *amplian* considerablemente los sujetos beneficiarios de la exclusión de la CPI al referirse al personal civil y militar al servicio del Gobierno de Estados Unidos y a sus nacionales (y, en caso de reciprocidad, también a los del tercer Estado). Una ampliación de este tipo contraría seriamente el objetivo fundamental del Estatuto de la CPI.

En consecuencia, del art. 98.2 del Estatuto de la CPI se desprende que éste no puede dar cobertura jurídica a los acuerdos de *impunidad* celebrados por Estados Unidos con terceros Estados. La pretensión de que tales acuerdos se basen en el art. 98.2 del Estatuto no obedece sino a una tergiversación de este artículo³³.

B) Los acuerdos bilaterales de *impunidad* a la luz de la relación de los Estados signatarios y los Estados Parte con el Estatuto de Roma

De acuerdo con lo que acabamos de ver, los acuerdos bilaterales que ha celebrado Estados Unidos con terceros Estados no sólo no tienen su base jurídica en el art. 98.2 sino que además contrarían el objeto y fin del Tratado.

33. *Vid.* al respecto ZAPPALA, S.: "The reaction of the United States to the entry into force of the ICC Statute: Comments on the UN SC Resolution 1422 (2002) and article 98 Agreements", *JICJ*. 2003, pp. 114-134.

Como ya he dicho antes, en virtud del art. 18.1 del Congreso de Viena, cualquier Estado firmante de un Tratado internacional está obligado a actuar de modo tal que no contraría el objeto y fin del Tratado que ha firmado salvo que haya manifestado su intención de no ser parte en el Tratado. La celebración de los acuerdos bilaterales a que acabamos de referirnos no es, desde luego, conforme con el objeto y fin del Estatuto de la CPI. Por eso, mientras no se haya manifestado una intención contraria a ser parte en el Estatuto, cualquier Estado signatario del Estatuto de Roma que haya celebrado esos acuerdos ha actuado en contra de esa obligación.

La celebración de estos acuerdos por los ya Estados Parte resulta, si cabe, más grave que en los casos de los Estados sólo firmantes, en cuanto que sus obligaciones jurídicas alcanzan el conjunto del Tratado de Roma³⁴.

C) Los acuerdos bilaterales de *impunidad* y la Unión Europea

Desde el primer momento la Unión Europea ha sido una firme defensora de la Corte Penal Internacional. Para la Unión Europea la CPI es “un medio esencial para fomentar el respeto del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, por lo cual contribuye a la libertad, la seguridad, la justicia y el Estado de Derecho y contribuye al mantenimiento de la paz y fortalecimiento de la seguridad internacionales, de conformidad con los fines y los principios de la Carta de las Naciones Unidas”³⁵, y cuyos principios “conducen plenamente con los principios y objetivos de la Unión”³⁶.

Por esta razón, cuando Estados Unidos decidió manifestar su intención de no ser parte en el Estatuto de Roma, la Unión manifestó su “decepción y pesar” por la decisión de Estados Unidos³⁷, al tiempo que declaró que los temores de este Estado respecto de la CPI no tenían fundamento y que el Estatuto de Roma ofrecía “todas las salvaguardias necesarias frente a una utilización inapropiada de la Corte con fines políticos”³⁸. Igualmente, la

34. La lista de Estados signatarios y Estados parte del Estatuto de Roma puede verse en <http://untreaty.un.org>.

35. *Vid.* Art. 1 Posición Común del Consejo de 11 de junio de 2001 relativa a la Corte Penal Internacional (2001/443/PESC), reiterada, en lo que nos interesa, el 20 de junio de 2002 (2001/474/PESC) y el 16 de junio de 2003 (2003/444/PESC).

36. Tercer Considerando Posición Común 2001/443 PESC.

37. *Vid.* Punto 1 Declaración de la Unión Europea de 14 de mayo de 2002 sobre la posición de Estados Unidos frente a la Corte Penal Internacional.

38. *Ibid.*, punto 3.

Unión Europea manifestó su preocupación por el hecho de que la nueva ley norteamericana, la ASPA, pudiera minar la labor de la CPI y, muy especialmente, por la posibilidad que ofrecía esta ley de que el Presidente norteamericano pudiera utilizar todos los medios a su alcance para liberar a determinadas personas y a los miembros de las Fuerzas Armadas de Estados Unidos detenidos o encarcelados por la CPI, pudiendo encontrarse tales personas en países miembros de la UE³⁹.

Resulta lamentable, sin embargo, que cuando las reacciones a las iniciativas norteamericanas tienen reflejo más allá de las meras declaraciones, esto es, mediante actuaciones concretas, la Unión Europea dé claras muestras de debilidad. Esto es lo que ha ocurrido en relación con la Resolución 1487 (2003) de 12 de junio ya comentada y en relación con los *acuerdos antidoto* propuestos por Estados Unidos.

En cuanto a la Resolución 1487 (2003), Grecia, Estado que ostentaba la Presidencia de turno de la Unión Europea cuando había de debatirse la adopción de esta Resolución, hizo una Declaración en nombre de la Unión en la que manifestaba de nuevo el apoyo de la UE a la CPI y reiteraba la ausencia de fundamento de los temores norteamericanos sobre la Corte. Sobre la posibilidad de que la nueva resolución tuviera su base jurídica en el art. 16 del Estatuto, asunto central del debate, la Presidencia de la UE se *descolgó* con un enigmático “el artículo debería invocarse sólo de conformidad con el Estatuto” y nunca entró a valorar la necesidad de tal resolución⁴⁰. No es de extrañar, por tanto, que después de adherirse a la Declaración de la Presidencia, los miembros de la Unión Europea con derecho de voto en el Consejo de Seguridad en ese momento, no emitieran un voto unánime al respecto: Reino Unido y España votaron a favor, mientras Francia y Alemania se abstuvieron. En el debate posterior a la adopción de la Resolución pudieron comprobarse perfectamente las divergencias entre los Estados miembros de la UE⁴¹.

En cuanto a los *acuerdos antidoto* propuestos por Estados Unidos, la Unión Europea ha reaccionado, como veremos, de manera ambigua, mediante un texto de compromiso capaz de satisfacer las voluntades enfrentadas de sus quince Estados miembros. Los acuerdos bilaterales propuestos por Estados

39. *Vid.* Conclusiones del Consejo Europeo sobre la Corte Penal Internacional y el Proyecto sobre la American Servicemembers' Protection Act (ASPA), 17 y 18 de junio de 2002.

40. *Vid.* Acta Reunión Consejo de Seguridad S/PV.4772, cit.

41. *Ibid.* Bulgaria, Estado candidato a la adhesión, también votó a favor.

Unidos plantean cuestiones muy interesantes desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, que afectan no sólo a los ya Estados miembros de la Unión, sino también a los Estados candidatos a la adhesión y a los Estados asociados.

1. *La celebración de los acuerdos bilaterales con Estados miembros de la Unión Europea*

El Consejo de Ministros celebrado el día 30 de septiembre de 2002 emitió por primera vez una respuesta oficial a la propuesta de Estados Unidos de celebrar acuerdos bilaterales de *impunidad* ante la CPI. Después de reiterar su apoyo a la CPI, su convicción de que el Estatuto de Roma proporciona todas las salvaguardias necesarias para evitar cualquier proceso por motivos políticos y tras recordar que la jurisdicción de la Corte es complementaria de la de los Estados, el Consejo invitaba a Estados Unidos a mantener la cooperación para establecer una justicia penal internacional eficaz e imparcial y abordaba la solicitud de este país de celebrar *acuerdos bilaterales sobre las condiciones de entrega a la Corte*⁴² o *acuerdos de no extradición*⁴³, sobre la base del art. 98.2 del Estatuto de Roma.

El Consejo aceptaba la posibilidad de que algunos Estados miembros de la Unión Europea celebraran este tipo de acuerdos. Para ello el Consejo estableció una serie de *principios* que servirían como *guía* para los Estados miembros y que, en su opinión, alcanzaban un equilibrio entre la propuesta estadounidense y la integridad del Estatuto de Roma. Tales *principios-guía* contemplaban las siguientes cuestiones: 1) que los crímenes internacionales sobre los que la Corte tiene jurisdicción *no deberían* quedar impunes, de modo que los acuerdos incluyeran disposiciones que aseguraran que las jurisdicciones nacionales perseguirían a sus autores (no impunidad); 2) cualquier acuerdo *debería* cubrir sólo a personas que no son nacionales de un Estado parte en la CPI (no reciprocidad); 3) Sólo *deberían* quedar cubiertos por tales acuerdos las personas *enviadas* a un Estado por otro (alcance no universal); 4) El acuerdo *podría* contener una cláusula de revisión limitando su tiempo

42. Expresión utilizada por el Consejo en sus Conclusiones de 30 de septiembre de 2002.

43. Expresión utilizada por el presidente en ejercicio del Consejo, Sr. Moller, durante el debate sobre la Corte Penal Internacional celebrado en el Parlamento Europeo el 25 de septiembre de 2002.

de aplicación; 5) Cada nuevo acuerdo *tendría* que ser aprobado conforme a las normas constitucionales de cada Estado miembro (ratificación).

Estas Conclusiones del Consejo de Asuntos Generales y relaciones Exteriores dejan mucho que desear como respuesta común eficaz de la Unión Europea a la propuesta norteamericana de celebrar acuerdos bilaterales de *impunidad* ante la CPI con Estados miembros de la Unión Europea. Se trata de una respuesta demasiado débil y vaga⁴⁴. El propio Consejo de la Unión Europea, en su Posición Común de 16 de junio de 2003 declaraba que “Mediante sus conclusiones de 30 de septiembre de 2002 sobre la Corte Penal Internacional, el Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores estableció una serie de principios anejos a dichas conclusiones, que deben servir a los Estados miembros como *orientaciones al examinar la necesidad y el alcance de posibles acuerdos o arreglos* en respuesta a propuestas relativas a las condiciones de entrega de personas a la Corte Penal Internacional”⁴⁵. Se trata, por tanto, de simples *orientaciones*; de hecho, el propio lenguaje de los *Principios-Guía* así lo deja traslucir implícitamente al utilizar continuamente el modo condicional.

La pregunta que surge entonces es: ¿puede un Estado miembro celebrar un acuerdo con Estados Unidos sin atender a las *Orientaciones* citadas? En un caso así, el problema no está tanto en el no respeto de las Orientaciones en sí mismas, como Orientaciones que son, y que sólo sirven para examinar la necesidad y el alcance de posibles acuerdos, sino en el hecho de que el contenido de un acuerdo sin atenderlas, puede contrariar seriamente la letra del Estatuto de Roma y también las posiciones comunes mantenidas por la UE respecto de este Tribunal.

En cualquier caso, acogerse a las Orientaciones tampoco supone, en mi opinión, actuar de conformidad con el Estatuto puesto que, como ya he dicho antes, el art. 98 no estaba pensado para este tipo de acuerdos.

44. *Vid.* Resolución del Parlamento Europeo de 24 de octubre de 2002 sobre la posición del Consejo de Asuntos Generales relativa a la Corte Penal Internacional (P5_TA(2002)0521).

45. Posición Común 2003/444-PESC de 16 de junio de 2003. (DOCE L 150 de 18 de junio de 2003). La cursiva es mía.

2. *La celebración de los Acuerdos bilaterales con los Estados candidatos y los Estados asociados a la Unión Europea*⁴⁶

Las condiciones y el procedimiento para la adhesión de un Estado a la Unión Europea aparecen actualmente recogidas en el art. 49 TUE. Según este artículo, todo Estado europeo que respete la libertad, la democracia, los derechos humanos, las libertades fundamentales y el Estado de Derecho puede solicitar su ingreso en la Unión.

El Consejo Europeo de Copenhague, en 1993, dio *luz verde* a la ampliación de la Unión Europea y estableció una serie de condiciones para la adhesión de cualquier Estado a la Unión Europea (*Criterios de Copenhague*)⁴⁷. Algunas de ellas suponen una reiteración de los criterios ya establecidos por el Tratado en vigor; otras, suponen una explicitación de las condiciones que, lógicamente, tiene que cumplir cualquier Estado que quiera formar parte de la Unión:

1. Que el Estado de que se trate alcance una estabilidad institucional capaz de garantizar la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y el respeto y la protección de las minorías
2. Que tal Estado tenga una economía de mercado en funcionamiento y sea capaz de hacer frente a la presión competitiva y fuerzas del mercado dentro de la Unión.
3. Que tal país pueda asumir las obligaciones inherentes a su condición de Estado miembro, incluida la observancia de los fines de la unión política, económica y monetaria.

Sobre la base de estas condiciones se han celebrado, primero los Acuerdos de Asociación a la Unión Europea y posteriormente, en su caso, los de Adhesión. Teniendo en cuenta que los Estados Candidatos y los Asociados a la Unión Europea se han venido sumando desde que adquirieron este *estatus* a prácticamente todas las Declaraciones y Posiciones Comunes de la UE relativas a la CPI, y puesto que el Estatuto de la CPI se ajusta plenamente a los objetivos y principios de la Unión Europea, no parece que la celebración de *acuerdos bilaterales de impunidad* por estos Estados con Estados Unidos sea

46. Mientras los Estados Candidatos a la Adhesión son aquellos que han celebrado el Acuerdo de Adhesión para su incorporación a la Unión Europea, los Estados Asociados a la Unión son aquellos que, de momento, se encuentran en una fase previa, esto es, sólo han celebrado un acuerdo de Asociación para la Adhesión a la Unión Europea.

47. Vid. Bol. CE 6/1993.

conforme con los compromisos adquiridos con la Unión Europea, por lo menos antes del 30 de septiembre de 2003, en que se dan a luz los *Principios-Guía* ya comentados. De ahí la polémica que produjo, en su momento, la firma por Rumanía de un acuerdo bilateral de este tipo con Estado Unidos, acuerdo que, de momento, Rumanía no ha ratificado debido precisamente a las presiones a que se ha visto sometida por parte de la Unión Europea⁴⁸.

3. Los acuerdos de extradición Unión Europea-Estados Unidos

El pasado 6 de junio el Consejo adoptó una Decisión relativa a la firma entre la Unión Europea y los Estados Unidos de un Acuerdo de extradición y otro de Asistencia Judicial en materia penal⁴⁹. Ambos acuerdos figuran como anexos a dicha decisión.

En su artículo 10, el Convenio de Extradición con Estados Unidos se ocupa de la cuestión de las solicitudes de entrega presentadas por varios Estados terceros y Estados miembros (solicitudes concurrentes) ante otro Estado miembro, y enumera determinados factores que, en ausencia de tratado aplicable de extradición, deberá tener en cuenta el Estado requerido para determinar a qué Estado realiza la entrega del sujeto, sin que, en ningún caso, Estado Unidos disfrute *a priori* de ningún tipo de beneficio en este sentido.

Ahora bien: el articulado del Convenio no establece ni una sola referencia a la posibilidad de solicitudes de entrega concurrentes procedentes de la CPI y de Estados Unidos sobre la misma persona y los mismos crímenes⁵⁰. Sólomente se ha añadido una *Nota explicativa* al Acuerdo que refleja la *interpretación común* sobre la aplicación de algunas disposiciones del Acuerdo de Extradición entre la UE y Estados Unidos. Esta *Nota explicativa* establece que “El artículo 10 no pretende afectar a las obligaciones de los Estados que son partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ni a los derechos de los Estados Unidos de América como no Parte en lo que respecta a la Corte Penal Internacional”. En consecuencia, de producirse tal

48. Rumanía firmó el acuerdo con Estados Unidos el 1 de agosto de 2002.

49. *Vid.* DOCE L 181 de 19 de julio de 2003.

50. *Vid.* al respecto las quejas de los Parlamentarios Europeos en el Debate celebrado en esta Institución el 14 de mayo de 2003 sobre el Acuerdo de extradición UE/Estados Unidos (www.europa.eu.int).

conurrencia de la que no se ocupa el Acuerdo, cada Estado miembro deberá actuar según las obligaciones contraídas con la CPI⁵¹.

El art. 90 del Estatuto de la CPI resuelve los problemas de las solicitudes concurrentes presentadas a un Estado Parte de la CPI⁵². Concretamente, sus apartados 4 y 6 se refieren a las solicitudes coexistentes de la Corte Penal Internacional y de un Estado no Parte en el Estatuto: la CPI tiene prioridad para la extradición o la entrega *salvo* que exista alguna *obligación internacional* (concretamente un tratado internacional) que obligue a entregar al Estado requirente y siempre que la Corte haya determinado que la causa es admisible. En caso de que existiera tal obligación internacional el Estado requerido decidirá si hace la entrega a la Corte o al Estado requirente en función de la concurrencia de ciertos factores: fechas solicitud, intereses, etc. El Estatuto deja la decisión en manos de los Estados⁵³. Es cierto que para el Estado requirente no Parte en el Estatuto de la CPI este Estatuto es una *res inter alios acta*, en cuanto que *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* y, por tanto, en principio, interpretando el Estatuto conforme a la Convención de Viena de 1969, el Tratado de extradición

51. El Ministro de Justicia de Grecia, Estado miembro que en mayo de 2003 ostentaba la presidencia de la UE, se pronunciaba en el siguiente sentido en el Debate del Parlamento Europeo celebrado sobre el Acuerdo de Extradición con Estados Unidos y la Corte Penal Internacional: “La Unión Europea y los Estados Unidos de América acordaron en la negociación expresar por escrito en un memorando explicativo que afirme que el artículo 10 no pretende afectar a las obligaciones de los Estados que forman parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Por consiguiente, la cuestión de una petición simultánea de entrega de una persona por parte de la Corte Penal Internacional y una petición de extradición por parte de Estados Unidos de América, se regula y seguirá estando regulada de modo que esté sujeto a la jurisdicción exclusiva de los Estados miembros (...)”. (*Vid.* Debate del Parlamento Europeo de 14 de mayo de 2003 sobre el Acuerdo de Extradición Estados Unidos-UE y la Corte Penal Internacional). En palabras del Comisario António Vitorino, “En lo que respecta a la Corte Penal Internacional, quiero llamar su atención sobre el hecho de que el artículo 10 de este acuerdo [de extradición con Estados Unidos] no es aplicable a la Corte Penal Internacional, porque esa corte no es un Estado y el artículo 10 regula únicamente los criterios que deben aplicarse cuando existe, simultáneamente y en relación con un mismo ciudadano, una demanda conflictiva por parte de un país tercero —como los Estados Unidos de América— y de un Estado miembro de la Unión Europea. No se refiere a las demandas de la Corte Penal Internacional. Por consiguiente, nada impide que los Estados miembros decidan lo que quieran hacer con una demanda de la Corte Penal Internacional, al margen de que exista un acuerdo bilateral con los Estados Unidos de América”. (*Vid.* Debate del Parlamento Europeo de 3 de junio de 2003 sobre el Acuerdo Estados Unidos-UE, relativo a cooperación judicial penal y extradición).

52. Si bien no completamente. *Vid.* al respecto, CASSESE, A.: “The Statute of the International Criminal Court: Some preliminary reflections”, *EJIL*. 1999, vol. 10, pp. 160-161.

53. *Ibid.*, p. 166.

tendría prioridad⁵⁴. No obstante, hay que tener en cuenta que los factores que han de considerar los Estados Parte antes de efectuar una extradición coinciden con los que aparecen en los diferentes acuerdos de extradición y que deben considerar las autoridades nacionales antes de proceder a una entrega. Por tanto, sería perfectamente posible que un Estado Parte en el estatuto denegara una solicitud de extradición de un Estado no Parte en él y con el que tiene un acuerdo de este tipo, entregando el sujeto a la Corte después de tomar en consideración los factores señalados, sin que de ello pudiera desprenderse un incumplimiento del Tratado de extradición⁵⁵.

Por tanto, en caso de que un Estado miembro de la UE recibiera solicitudes concurrentes de extradición de la CPI y de Estados Unidos sobre un mismo sujeto, deberá atender a las disposiciones del Estatuto, que en nada se ven afectadas por el Acuerdo UE-Estados Unidos sobre extradición, tal y como señala claramente la *Nota explicativa* aneja a él, habiendo de proceder a extraditar a la CPI al individuo de que se trate.

6. CONSIDERACIONES FINALES

La CPI ha visto nacer a su alrededor una serie de instrumentos jurídicos cuya intención es la de restarle efectividad. Todos estos instrumentos, la ASPA, las Resoluciones del Consejo de Seguridad 1422(2002) y 1487(2003) y los *acuerdos antidoto* plantean numerosas dudas jurídicas sobre su conformidad con el Derecho internacional público en vigor, que deben resolverse en sentido negativo. Además, algunos de estos instrumentos tienen la condición de afectar negativamente al núcleo mismo del Derecho internacional público, por lo que su posible utilización da a luz una situación especialmente grave.

Los principios de prohibición de uso de la fuerza, no intervención, e integridad territorial del Estado resultan seriamente amenazados por la ASPA que, por otro lado, ampara el incumplimiento de Tratados preexistentes entre Estados Unidos y Terceros Estados.

El Consejo de Seguridad tiene por misión mantener la paz y seguridad internacionales y en virtud del art. 103 de la CNU las obligaciones de la Carta

54. Vid. ARCOS VARGAS, M. C.: "La imprescindible cooperación...", *op. cit.*, p. 450.

55. Al respecto puede verse SWART, B.: "Arrest...", *op. cit.*, especialmente pp. 1695-1698.

prevalecen sobre cualquier otro compromiso internacional. En virtud del art. 16 del Estatuto de la CPI, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas puede adoptar una resolución que, dada la amenaza a la paz y seguridad internacionales, pida a la CPI suspender una investigación ya iniciada, siempre que se cumplan una serie de condiciones. Lejos de suponer una revisión implícita de la Carta y de limitar el poder del Consejo de Seguridad, el Estatuto simplemente *integra* los poderes del Consejo en el sistema de la CPI⁵⁶. Puesto que las Resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas no cumplen las condiciones necesarias, el Estatuto de la CPI no puede servir como base jurídica para ellas; ambas resoluciones suponen que el Consejo de Seguridad ha adoptado ambas resoluciones al margen de la legalidad existente.

Los *acuerdos antídoto* propuestos por Estados Unidos no son acuerdos internacionales del tipo de los que recoge el art. 98.2 del Estatuto de la CPI. En consecuencia, cualquier Estado signatario o parte del Estatuto de la CPI que haya celebrado este tipo de acuerdos con posterioridad a su firma ha actuado en contra del objeto y fin de este Tratado. Si, además, cualquiera de esos Estados es Estado asociado o Estado candidato a la Unión Europea, su actuación resulta contraria a los compromisos jurídicos adquiridos con la UE.

La efectividad que pueda tener la ilicitud de estos actos está aún por ver y, consecuentemente, también la efectividad de la CPI, inversamente proporcional a aquélla. La posibilidad de que realmente los autores de los crímenes más graves contra la Comunidad internacional (genocidio, agresión, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra) sean enjuiciados por la CPI depende en parte de ello.

56. *Vid.* CONDORELLI, L; VILLALPANDO, S.: "Can the Security Council extend..., *op. cit.*, p. 575.